

LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA TRAS EL 11-S: LA EXPERIENCIA FRANCESA

ABRAHAM BARRERO ORTEGA

Fecha recepción: 20.01.2010
Fecha aceptación: 15.04.2010

LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA TRAS EL 11-S: LA EXPERIENCIA FRANCESA¹

POR

ABRAHAM BARRERO ORTEGA

Profesor titular de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

1. En la década de los setenta, Francia se convirtió en blanco de un terrorismo nacional e internacional que intensificó sus acciones a lo largo de los años ochenta. En esta coyuntura, y tras el verano, especialmente trágico, de 1986, el legislador francés optó por diseñar un marco normativo específico para la lucha antiterrorista². Un conjunto de reglas de excepción o derogatorias del Derecho común en materia de prevención de atentados, garantías procesales a observar con ocasión de la detención y el enjuiciamiento de los sospechosos y represión penal de los delitos de terrorismo, inspirado en la idea de mantener el justo medio entre libertad y seguridad. Se parte de la convicción de que la libertad y la seguridad se refuerzan mutuamente y otorgan credibilidad y legitimidad a la acción gubernamental. Se hace necesario lograr un equilibrio entre la lucha contra los violentos y los derechos fundamentales. El legislador francés, en distintas ocasiones, ha reafirmado el propósito de combatir con eficacia a los que matan indiscriminadamente, pero desde el paradigma del Estado de Derecho.

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Terrorismo, democracia y seguridad» (SEJ2006-04628), del Ministerio de Educación y Ciencia.

² BIGO, D., «Les attentats de 1986 en France (Partie 2)», *Cultures & Conflicts*, 4, 1992, pp. 147-173.

A nadie se le oculta que la legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 ha incidido de forma claramente restrictiva en el ejercicio de determinados derechos fundamentales. Las respuestas de los diferentes países oscilan desde la opción militar o cuasi militar hasta la radicalización de una legislación ya de por sí excepcional, pasando por un afianzamiento de esa legislación en aspectos muy concretos. La apuesta francesa ha ido en esta última dirección.

El Consejo Constitucional ha tenido, por otra parte, la ocasión de pronunciarse sobre la casi totalidad de la más reciente legislación antiterrorista. Su papel de garante de los derechos y de las libertades se ha visto así reforzado. Ciertamente es que la lucha contra lo que se ha denominado el *nuevo terrorismo internacional* legitima un compromiso especial en el ámbito político, diplomático y también legislativo. Pero no lo es menos que esa respuesta especial puede comprometer sobremanera la posición preeminente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional. El control de constitucionalidad adquiere de este modo particular relevancia. Otra cosa es que pueda decirse que, al controlar la más reciente legislación antiterrorista, el Consejo Constitucional se haya enfrentado a un tema desconocido o novedoso. El Consejo, a decir verdad, ha venido a reiterar en gran medida su posición mantenida en pronunciamientos anteriores; ha permanecido fiel a una doctrina general que cabe considerar, en tal sentido, consolidada, aunque la aplicación concreta de esa doctrina pueda ser discutible en algún aspecto. No cabe hablar, pues, de una jurisprudencia de excepción.

El presente trabajo tiene un propósito muy concreto. Trataré tan sólo de aportar algunas reflexiones nacidas, de un modo inmediato, de la lectura de las decisiones adoptadas por el Consejo Constitucional al hilo del enjuiciamiento de la más reciente legislación antiterrorista. Las reflexiones del Consejo, y algunas más al hilo de las suyas, serán las que quedarán expuestas aquí.

2. Convendría aclarar desde el comienzo que por la más reciente legislación antiterrorista francesa, el objeto del control efectuado por el Consejo Constitucional, entiendo la serie de cinco leyes que, entre 1996 y 2006, han venido a modificar las previsiones de la Ley de Lucha contra el Terrorismo y otros Atentados contra la Seguridad del Estado, de 9 de septiembre de 1986, ley con la que comenzó a forjarse un modelo normativo basado en un tratamiento específico del terrorismo, evitándose, en todo caso, definir un estado de emergencia o excepción. Modelo que pervive a día de hoy.

Me refiero, más exactamente, a la Ley de Fortalecimiento de la Lucha Antiterrorista, de 22 de julio de 1996, la Ley de Seguridad Cotidiana, de 15 de noviembre de 2001, la Ley de Seguridad Interior, de 18 de marzo de 2003, la Ley de

Adaptación de la Administración de Justicia a la Evolución de la Criminalidad Organizada, de 9 de marzo de 2004, y la Ley de Lucha contra el Terrorismo, de 23 de enero de 2006. Con la sola excepción de la Ley de Seguridad Cotidiana —consensuada por las fuerzas políticas a raíz del trauma del 11 de septiembre—, esta serie de leyes fue sometida a la consideración del Consejo Constitucional antes de su promulgación. El Consejo, en sus decisiones de 16 de julio de 1996, 13 de marzo de 2003, 2 de marzo de 2004 y 19 de enero de 2006, reconoció el amplio margen de apreciación del legislador a la hora definir el marco de actuación del Estado frente al terrorismo, aun respetando los conocidos criterios de la base legal y del principio de proporcionalidad, de forma que puede decirse que ha avalado globalmente la constitucionalidad del «arsenal legislativo antiterrorista francés»³.

3. El legislador goza, en efecto, de un amplio margen de apreciación a la hora de definir los instrumentos de lucha contra el terrorismo. Pero un margen que no es ilimitado ni irrevisable.

Para empezar, ese margen se encuentra limitado por la obligación de respetar el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales, significativamente la igualdad, el derecho a no sufrir pena o trato inhumano o degradante, la libertad personal, la libertad de circulación, el derecho a la vida privada y familiar, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad del domicilio, el derecho de reunión, la libertad de asociación, la tutela judicial efectiva o el derecho a un proceso penal con todas las garantías. En tal sentido, el Consejo Constitucional no ha dudado en declarar la inconstitucionalidad de alguna de las disposiciones legislativas impugnadas al entender que los poderes atribuidos a las autoridades entraban en abierta e insalvable contradicción con el contenido de estos derechos. En varias ocasiones, el Consejo ha insistido en la necesidad de mantener un equilibrio entre la legislación antiterrorista, los poderes de excepción o de derogación del Derecho común que el legislador puede conceder a las autoridades, y los derechos fundamentales.

Pero es que, además, ese margen de apreciación puede verse constreñido ante la necesidad de asegurar otros principios, bienes y valores de relevancia constitucional, con capacidad, por consiguiente, para contrarrestar la definición que la legislación antiterrorista haga de esos poderes y esas facultades excepcionales o derogatorias. Así, y sin perjuicio de insistir en ello más adelante, el Consejo Constitucional ha aludido a la separación de poderes, la especial protección del menor en el ámbito penal o la serena y correcta administración de justicia.

³ LECUCQ, O., «La Constitution à l'épreuve du contre-terrorisme», Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, Atenas, junio de 2007.

El bloque de la constitucionalidad (*le bloc de constitutionnalité*), en tanto parámetro del control, está integrado no sólo por los derechos fundamentales enunciados en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, sino también por esos otros principios, bienes y valores de relevancia constitucional (*principes et objectifs à valeur constitutionnelle*).

4. El alcance del control ejercido por el Consejo Constitucional se comprende con mayor claridad a la luz de sus peculiaridades como órgano jurisdiccional y la vía de impugnación seguida hasta el momento.

El control efectuado por el Consejo en materia antiterrorista ha sido un control *preventivo* o *a priori*, de modo que la constitucionalidad de la ley ha sido enjuiciada antes de su entrada en vigor. La duda de inconstitucionalidad se ha planteado con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley⁴. El Consejo, no obstante, se ha esforzado por evitar que el control previo sea usado como un arma política, lo que escapa a su naturaleza de órgano eminentemente jurídico, que decide conforme a Derecho. Es muy consciente el Consejo de que «no puede arrogarse un poder general de apreciación y decisión de características similares a las del Parlamento»⁵; resuelve contiendas de enorme trascendencia política, pero reduciéndolas a resultados jurídicos mediante la aplicación del bloque de la constitucionalidad. En el enjuiciamiento de las leyes ordinarias en general y de la legislación contra el terrorismo en particular, el Consejo no puede convertirse en una tercera cámara en la que paralizar o deshacer medidas aprobadas por el poder legislativo a partir de criterios de oportunidad política.

El control que opera el Consejo Constitucional es, en segundo lugar, *abstracto*, por cuanto los sujetos legitimados para plantear la duda de constitucionalidad no se hallan inmersos en una relación jurídica directamente incidida por la norma legal que se cuestiona.

El control, en tercer lugar, es, al menos en lo que respecta a las leyes ordinarias, *facultativo*, en el sentido de que se activa cuando, según indica el artículo 61 de la Constitución, el presidente de la República, el primer ministro, el

⁴ En la medida en que la última decisión del Consejo Constitucional en materia antiterrorista data de enero de 2006, se omite conscientemente en este apartado cualquier referencia al control de constitucionalidad *a posteriori* instaurado en Francia tras la reforma constitucional de 2008. Sobre el tema, BON, P., «La cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia: ¿solución o problema?», *Teoría y realidad constitucional*, 23, 2009, pp. 313-325.

⁵ MAZEAUD, P., «La lutte contre le terrorisme dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel», conferencia impartida con ocasión de la visita a la Corte Suprema de Canadá, 24-26 de abril de 2006. El texto de la conferencia puede consultarse en la página web del Consejo Constitucional (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>).

presidente de la Asamblea Nacional, el presidente del Senado o sesenta diputados o sesenta senadores formulen un requerimiento antes de la aprobación de la ley. El Consejo no está facultado para controlar sistemáticamente la constitucionalidad de las leyes ordinarias, tampoco la de las disposiciones legislativas relativas a la lucha antiterrorista. Cuestión distinta es que, en atención al riesgo o peligro especial que éstas entrañan para el disfrute de los derechos fundamentales, la oposición parlamentaria haya estimado oportuno plantear dudas sobre la constitucionalidad de cuatro de las cinco leyes ya mencionadas.

5. Sin perder de vista las consideraciones generales que anteceden, conviene a continuación entrar de lleno en la argumentación jurídica ofrecida por el Consejo Constitucional con ocasión del enjuiciamiento de la más reciente legislación antiterrorista. Por un lado, analizaré la doctrina del Consejo en torno a los derechos, bienes y valores constitucionales en conflicto, los bienes y valores constitucionales en que puede fundarse la prevención y represión del terrorismo, así como los límites que a la legislación antiterrorista impone el debido respeto a los derechos fundamentales. Como se ha dicho, el fenómeno terrorista interpela doblemente a la Constitución⁶, que legitima, sin duda, la lucha antiterrorista, pero dentro del respeto a los principios del Estado de Derecho. Se puede combatir el terrorismo, pero respetando las pautas que marca la Constitución para evitar violaciones.

Por otro lado, me detendré en la ponderación realizada por el Consejo Constitucional al hilo del examen de medidas antiterroristas concretas. Esto es, el modo en que, en esos supuestos concretos, el Consejo ha sopesado la prevención y represión del terrorismo frente a la garantía de los derechos fundamentales y otros principios, bienes y valores de relevancia constitucional y el modo, en suma, en que ha determinado cuál de ellos tiene mayor peso conforme a las circunstancias específicas de cada supuesto. Un juicio que, en algún caso excepcional, ha desembocado en la declaración de inconstitucionalidad de la medida impugnada.

5.1. El Consejo Constitucional parte de la constatación de que, conforme al artículo 34 de la Constitución, corresponde al legislador regular las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas⁷. El legislador delimita el contenido de los derechos fundamentales, debiendo incluir aquellas facultades o potestades de actuación necesarias para que los derechos no

⁶ LECUCQ, op. cit.

⁷ Por todas, DCC 2005-532, de 19 de enero de 2006.

queden desnaturalizados. El legislador no puede alterar la forma de los derechos, sus propiedades o condiciones esenciales, de manera que dejen de ser aptos para proteger los intereses jurídicos que incorporan.

Ahora bien, los derechos son realidades limitadas. No hay derechos absolutos o ilimitados. Todo derecho está sujeto a límites más allá de los cuales su ejercicio resulta ilegítimo y el legislador debe tomarlos en consideración a la hora de delimitar sus condiciones de ejercicio. Los límites modulan el contenido constitucionalmente declarado del derecho.

Se define así un régimen de concurrencia normativa que puede ser analizado desde una doble óptica, la del derecho y la de su limitación, y que, al final, se resuelve dilucidando si la medida legislativa en cuestión representa una correcta interpretación de la Constitución. Al legislador le corresponde la tarea de conciliar el contenido del derecho con los límites que se deducen de la Constitución. El Consejo Constitucional, por su parte, ha de verificar si el legislador ha realizado una conciliación constitucionalmente adecuada de los derechos, bienes y valores en conflicto.

En estas coordenadas, el Consejo ha reconocido que el interés de la justicia en la persecución y represión del delito y el mantenimiento del orden público son bienes constitucionales que legitiman la lucha antiterrorista⁸. El legislador puede adoptar las medidas necesarias a fin de prevenir, perseguir y castigar penalmente el peligro para personas, bienes o valores constitucionales que comporta la acción terrorista. La legitimidad constitucional de estas medidas resulta incuestionable. La legislación antiterrorista se orienta a proteger bienes y valores constitucionalizados de forma expresa.

Se orienta, en primer lugar, a garantizar la investigación policial y judicial de la que depende, en gran medida, el éxito de la justicia penal. Hay que poner a disposición de las autoridades instrumentos eficaces para recoger o inventariar los datos que basten para comprobar la existencia del delito y reunir los elementos que, más tarde, han de utilizarse y depurarse para exigir responsabilidades penales.

En segundo lugar, la legislación antiterrorista se orienta al mantenimiento del orden público, categoría que, en el Derecho público, engloba la tranquilidad y paz social que proviene del respeto generalizado al ordenamiento. El orden público es, por así decir, el núcleo, el aspecto central, más sólido y perdurable del orden social. Es el conjunto de aquellas características de la convivencia que una sociedad considera como no negociables. Es sinónimo de convivencia ordenada, pacífica y equilibrada. Más exactamente, son elementos constitutivos del orden

⁸ Ibid.

público la *seguridad*, la *salubridad* y la *tranquilidad públicas*. Para un efectivo y pleno disfrute de los derechos fundamentales es imprescindible la base previa de un nivel mínimo de garantía de la pacífica convivencia ciudadana. A su vez, el ejercicio de los derechos y libertades individuales ha de tener como límite natural el respeto a las personas y a los bienes ajenos, así como a las demás exigencias básicas de una vida colectiva presidida por el imperio de la ley. Esta doble perspectiva encuentra su *punto de convergencia teórico* en la idea de orden público, identificada con la garantía de un nivel de respeto a las condiciones mínimas exigibles para que la vida en común resulte pacíficamente posible. En tal sentido, el Consejo Constitucional ha reconocido no ya que la prevención de los atentados contra el orden público es necesaria a fin de garantizar el disfrute de los derechos fundamentales, sino que el orden público es un bien constitucional («*un objetif à valeur constitutionnelle*») que puede limitar o restringir el ejercicio de algunos de los derechos enunciados en la Constitución⁹.

En fecha más reciente, el Consejo ha insistido en que el legislador, en materia antiterrorista, ha de procurar la conciliación entre, de un lado, el interés de la justicia penal y el mantenimiento del orden público —significativamente la *seguridad pública*— y, de otro, el disfrute de los derechos fundamentales y de las libertades públicas consagrados *ex Constitutione*, particularmente la libertad personal, la libertad de circulación, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones¹⁰.

El legislador no ha de establecer jerarquías ni prevalencias *a priori* entre esos derechos y otros bienes y valores constitucionales, sino que ha de ponderar, desde la situación jurídica creada, su eficacia recíproca. Se trata de conciliar sin jerarquizar; en lugar de anular un derecho, bien o valor en provecho de otro, se deben limitar simultáneamente a fin de asegurar a cada uno el máximo, posible, de ejercicio compatible con el otro, estableciendo la necesaria proporcionalidad. Todos los derechos, bienes y valores se sitúan, en principio, en un plano igualdad y de importancia equivalentes, por lo que se impone una casuística ponderación.

Comoquiera que sea, el control de la conciliación o ponderación legislativa corresponde, en última instancia, al Consejo Constitucional mediante la valoración del derecho fundamental sacrificado y el derecho, bien o valor constitucional garantizado. El legislador es quien realiza la ponderación necesaria para armonizar los diferentes derechos, bienes y valores en conflicto. Y al Consejo le compete corregir, en su caso, los errores que pueda cometer el legislador al efectuarla. El control de esos posibles errores se opera a través del llamado *juicio de*

⁹ DCC 80-127, de 20 de enero de 1981.

¹⁰ DCC 2005-532, de 19 de enero de 2006.

proporcionalidad. Toda intervención limitadora de un derecho fundamental debe reunir una serie de requisitos que restringen la extensión de los límites. La justificación constitucional de la limitación requiere que se cumplan tres requisitos¹¹.

La limitación, en primer lugar, ha de ser *adecuada, idónea*, para conseguir el fin propuesto por el legislador. Fin que sólo puede ser la protección de otro derecho fundamental o la protección de un valor o un bien que tenga fundamento expreso o implícito en el texto constitucional. No será adecuada si no sirve para la obtención de un fin consistente en la protección de otro derecho fundamental o un bien jurídico. Se acaba de indicar que el interés de la justicia penal y el mantenimiento del orden público son, para el Consejo Constitucional, bienes constitucionales que tienen un fundamento constitucional expreso.

La limitación, en segundo lugar, ha de ser *necesaria o indispensable*, en el sentido de que la restricción del derecho fundamental no puede efectuarse con otra medida igualmente adecuada que requiriese una limitación menos severa del derecho fundamental o que no requiriese la restricción del derecho fundamental. El juez constitucional tiene que determinar si una medida es más grave que otra y si la medida tiene igual aptitud para conseguir el fin. Si se considerara que existe una medida menos gravosa, podría declararse la inconstitucionalidad de la medida.

La limitación, por último, tiene que ser *proporcionada stricto sensu*, de modo que se impone hacer un juicio valorativo sobre el peso que corresponde respectivamente a cada uno de los derechos o bienes en tensión. Cuanto más importante es el grado de afectación del derecho fundamental limitado, tanto mayor ha de ser la importancia de los bienes o derechos que a él se le oponen. Por tanto, la intensidad de la intervención ha de ser proporcional a los intereses del bien que se protege. Mediante esta fase del juicio se intenta determinar si el sacrificio del derecho fundamental se encuentra en una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés público que se trata de proteger.

5.2. Sin renunciar a ejercer una función de control o revisora que, llegado el caso, pudiera incluso concluir en una declaración de inconstitucionalidad, la jurisprudencia del Consejo Constitucional viene reconociendo al legislador una especial libertad de configuración en materia antiterrorista. Corresponde al legislador, y sólo al legislador, definir qué medidas son más adecuadas y eficaces para hacer frente a la amenaza terrorista. El Consejo no puede suplantar de ningún

¹¹ En lo que sigue, puede verse GOESEL-LE BIHAN, V., «Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel: figures récentes», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 70, 2007, pp. 269-295.

modo al legislador y sí reconocerle ese especial margen de libertad. En consecuencia, el juicio de proporcionalidad se flexibiliza o atenúa con ocasión del enjuiciamiento de la legislación de prevención y represión penal del terrorismo. Y ello en base a dos consideraciones íntimamente ligadas entre sí.

En primer lugar, porque el interés de la justicia penal y el mantenimiento del orden público *stricto sensu*, esto es, de unos niveles mínimos de seguridad pública, no son dos bienes constitucionales cualesquiera. El interés de la justicia en la represión del delito y la seguridad pública, en tanto elemento constitutivo del orden público, son dos bienes de una particular trascendencia constitucional. Bajo este entendimiento, y sobre todo teniendo en cuenta el riesgo tan acusado que para la seguridad pública comporta el terrorismo, las restricciones de los derechos fundamentales fundadas en la necesidad de prevenirlo o reprimirlo gozan de una presunción de legitimidad especialmente resistente. El margen especial de configuración de que goza el legislador a la hora de definir la política antiterrorista deriva simultáneamente de la particular relevancia de los bienes constitucionales en juego y de la especial gravedad que las acciones terroristas revisten para esos bienes¹².

En segundo lugar, porque el Consejo ha descalificado la actuación del legislador únicamente en aquellos supuestos en que esa actuación rebasara de una forma *manifiestamente desproporcionada* el contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales. Sólo en el caso de una desproporción manifiesta entre el sacrificio ocasionado al derecho fundamental y el interés de la justicia penal o el mantenimiento de la seguridad pública el Consejo ha declarado la inconstitucionalidad de la ley cuestionada¹³. El juicio de proporcionalidad se ha aplicado sistemáticamente de una forma restringida, lo que, en buena lógica, se corresponde con la especial trascendencia constitucional atribuida al interés público que justifica el sacrificio del derecho.

La tendencia del Consejo Constitucional a realizar un «control restringido»¹⁴ de la legislación antiterrorista se aprecia particularmente en la interpretación que ha realizado del artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en cuya virtud la ley «sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias (...)». Si de una primera lectura de este artículo pudiera deducirse que toda medida legal restrictiva o limitativa de un derecho fundamental ha de ser estrictamente indispensable o necesaria, el Consejo ha estimado que, en ausencia de una desproporción manifiesta, la constitucionalidad de la regulación

¹² LECUCQ, O., op. cit.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

legal impugnada debe ser confirmada. La exigencia de necesidad o indispensabilidad se flexibiliza o debilita¹⁵. Es en este contexto en el que, en relación a la más reciente legislación antiterrorista, el Consejo Constitucional ha constatado que la nueva regulación de la detención preventiva no comporta una restricción *excesiva* o *injustificada* de la libertad personal ni del derecho a la asistencia letrada del detenido¹⁶ o que la facultad de las autoridades de tomar de forma automática fotografías a los pasajeros de los vehículos en aquellos puntos apropiados del territorio no implica una limitación *manifestamente desproporcionada* de su derecho a la vida privada¹⁷.

5.3. Al menos desde 1986, una de las características más notables de la legislación francesa contra el terrorismo es la definición del acto terrorista mediante la combinación de dos criterios: la perpetración de un delito de Derecho común tipificado en el Código Penal y la conexión de ese delito con una empresa individual o colectiva que tenga por objeto alterar gravemente el orden público por medio de la intimidación o el terror. Para calificar penalmente un acto como terrorista habrá de darse, en primer lugar, un vínculo entre ese acto y una empresa más amplia que responda a una estrategia terrorista; en segundo lugar, una finalidad específica en ese acto, en el sentido de que persiga alterar gravemente el orden público por medio de la intimidación o el terror; por último, el carácter intencional de ese acto, lo que ciertamente se deduce de su perpetración. La calificación de un acto como terrorista implica, aparte de la aplicación de reglas específicas en orden a la persecución, instrucción y enjuiciamiento del delito, una agravación de la pena principal o complementaria¹⁸.

Un sector de la doctrina francesa ha considerado que definir el acto terrorista a partir de la confluencia de los elementos objetivos y subjetivos mencionados no satisface adecuadamente las exigencias del artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano; adolece de una imprecisión contraria al principio de legalidad penal (exigencia de ley *certa* o taxativa). La ley penal no describe un supuesto de hecho estrictamente determinado. El hecho punible y sus consecuencias jurídicas no están consagrados de manera clara, precisa y determinada¹⁹.

¹⁵ THIBAUD, V., «Législation antiterroriste, lutte contre la criminalité organisée: le Conseil constitutionnel face aux politiques pénales contemporaines», VII Congreso francés de Derecho Constitucional, 25-27 de septiembre de 2008.

¹⁶ DCC 2004-492, de 2 de marzo de 2004.

¹⁷ DCC 2005-532, de 19 de enero de 2006.

¹⁸ Arts. 421-1 y 421-2 del Código Penal.

¹⁹ MAYAUD, Y., *Le terrorisme*, Dalloz, Paris 1997, pp. 63 y ss.

El Consejo Constitucional, sin embargo, no ha aceptado tales objeciones. La técnica empleada por el legislador penal no merece reproche alguno desde la perspectiva constitucional al haberse traducido en una definición suficientemente precisa de los delitos de terrorismo y la responsabilidad penal de los terroristas²⁰.

Lo anterior no significa, sea como fuere, que el legislador sea completamente libre para incluir dentro del listado de actos terroristas cualquier infracción o acto contrario al ordenamiento. El Consejo, en efecto, ha puntualizado que le corresponde velar por que se dé una relación suficientemente estrecha entre la infracción tipificada y la empresa terrorista, de modo que el legislador no incurra en un manifiesto error de apreciación. Y en base a ello ha declarado inconstitucional una disposición legal que tipificaba como delito terrorista prestar ayuda tanto para la entrada como para la permanencia irregular de extranjeros en suelo francés²¹. El legislador excedió el margen de apreciación que constitucionalmente cabe reconocerle, en la medida en que ese auxilio no supone de ningún modo un acto material contrario a la seguridad pública; representa, a lo sumo, un comportamiento que puede ser contrario al ordenamiento, pero que no guarda relación inmediata con ningún acto terrorista. Se entiende, por otro lado, que, cuando ese auxilio esté vinculado a una organización o finalidad terrorista, podrían exigirse responsabilidades a través de otros tipos delictivos ya contemplados en el Código Penal. La disposición legal impugnada se revela, por consiguiente, inadecuada e innecesaria.

5.4. El legislador francés ha optado, de otra parte, por configurar un régimen especial en lo que alude a la competencia para enjuiciar los delitos de terrorismo. Los crímenes de naturaleza terrorista, a partir de 1986, son juzgados por una sala de lo penal compuesta exclusivamente por jueces profesionales (un presidente y seis jueces auxiliares, ocho en la apelación). El juicio por jurados queda excluido del ámbito terrorista. Solución que, en el curso de la tramitación parlamentaria de la ya citada Ley de Lucha contra el Terrorismo de 1986, suscitó algunas dudas de constitucionalidad desde la perspectiva del derecho a la igualdad en la ley.

El Consejo Constitucional, tras recordar su doctrina clásica en virtud de la cual la igualdad no impide un tratamiento procesal diferenciado por el legislador si existe una justificación objetiva y razonable y, en todo caso, quedan salvaguardadas las garantías de un proceso justo, avaló la constitucionalidad de esta regulación. Primero, porque la composición especial tiene un carácter limitado.

²⁰ DCC 86-213, de 3 de septiembre de 1986.

²¹ DCC 96-377, de 16 de julio de 1996.

Segundo, porque la diferencia de trato no deriva de una discriminación injustificada, sino que pretende asegurar la serena y correcta administración de justicia, esto es, evitar el efecto de las presiones o amenazas susceptibles de alterar la ecuanimidad del órgano juzgador. Y tercero, porque los tribunales penales integrados exclusivamente por profesionales reúnen las condiciones de independencia e imparcialidad que se exigen por imperativo constitucional²².

La novedad más reciente a este respecto es que, a partir de 2006, este régimen especial se extiende a la jurisdicción penal de menores —entre 16 y 18 años—, de suerte tal que la posible responsabilidad penal de un menor acusado de haber cometido un delito de terrorismo será también dirimida por estos tribunales especiales. La extensión a los menores de este régimen especial no fue cuestionada ante el Consejo Constitucional, muy probablemente al considerarse que no cabía esperar un cambio de criterio.

5.5. El Consejo Constitucional, a lo largo de una jurisprudencia bien consolidada, ha señalado que no le corresponde determinar las circunstancias que legitiman la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, pero sí hacer un control externo tendente a verificar que la decisión del legislador ha sido adoptada de forma fundada, razonada, proporcionada y acorde con los fines de la institución, dado el riesgo tan evidente que implica para el derecho a la libertad personal.

En el contexto de la lucha antiterrorista, la legislación francesa permite prorrogar el plazo máximo de la detención preventiva —48 horas— por un nuevo período de 48 horas cuando así lo autorice el juez de las libertades y de la detención²³. El Consejo admitió en 1986 la constitucionalidad de esta medida de excepción teniendo en cuenta que quedaba circunscrita a las indagaciones policiales relacionadas con los delitos de terrorismo y, en todo caso, subordinada al reconocimiento médico y toma de declaración del detenido²⁴.

Más recientemente, en 2006, el legislador concedió al juez la facultad de decretar hasta dos prórrogas más de 24 horas (144 horas) en caso de que exista un grave riesgo de atentado terrorista inminente o se estime necesaria la cooperación internacional para las investigaciones²⁵. La duración máxima de la detención preventiva se amplía, pues, de cuatro a seis días. El Consejo Constitucional confirmó nuevamente la constitucionalidad de esta ampliación legal en base a la si-

²² DCC 86-213, de 3 de septiembre de 1986.

²³ Art. 706-88 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²⁴ DCC 86-213, de 3 de septiembre de 1986.

²⁵ Art. 706-88 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

guiente argumentación: 1) la ampliación no cuestiona ninguna de las garantías ya exigidas en la decisión precedente; 2) la ampliación tiene un carácter verdaderamente excepcional, ya que sólo puede decretarse en los casos tasados definidos con claridad por el legislador; 3) la ampliación es competencia exclusiva del juez de las libertades y de la detención, distinto al de instrucción, y debe adoptarse por auto motivado²⁶.

El régimen legal francés de la detención preventiva por terrorismo presenta una cierta excepcionalidad no sólo en lo que respecta a la duración sino también al derecho a la asistencia letrada del detenido. Es sabido que el derecho de asistencia letrada al detenido tiene como finalidad garantizar su defensa, evitar la indefensión. Se trata de asegurar, con la presencia personal del abogado, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios. Es un derecho inexcusable de cualquier persona privada de libertad. No obstante, las modalidades de ejercicio del derecho pueden verse moduladas en razón de la naturaleza de la infracción cometida y esto es justamente lo que sucede en el caso de los delitos terroristas. El sospechoso tiene acceso a un abogado a las 72, 96 y 120 horas, lo que sitúa en tres el número de entrevistas que puede mantener desde que se decreta la detención²⁷.

En dos ocasiones, el Consejo Constitucional ha avalado la constitucionalidad de la medida, aunque con una interpretación conforme que viene a aumentar las exigencias contempladas expresamente en la ley: diferir la intervención del abogado de confianza en el curso de las indagaciones policiales tendentes al esclarecimiento de un delito terrorista no puede reputarse una medida desproporcionada, máxime cuando la obligación legal de informar al ministerio fiscal ha de interpretarse en el sentido de que puede controlar efectivamente el juicio de necesidad realizado por la policía judicial encargada de custodiar al detenido²⁸.

5.6. La inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental que impone una extensa serie de garantías. La primera es que la ley ha de precisar los supuestos y motivos por los que las fuerzas de seguridad pueden penetrar en ese espacio de la intimidad sin el consentimiento de su titular. Es claro que ninguna entrada o registro podrá hacerse sin que existan unas diligencias judiciales en

²⁶ DCC 2005-532, de 19 de enero de 2006.

²⁷ Art. 706-88 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²⁸ DCC 93-334, de 20 de enero de 1994 y, sobre todo, DCC 2004-492, de 2 de marzo de 2004.

curso, esto es, un delito y una imputación contra persona determinada. La segunda es que el legislador ha de asegurar a la autoridad judicial, más exactamente al juez de las libertades y la detención, la facultad de realizar un control efectivo sobre la actuación de la policía judicial. En cuanto incide sobre un derecho constitucional, el juez ha de verificar que la petición de entrada o registro está bien fundada y dictar una resolución en la que se ponderen y se manejen criterios de necesidad y proporcionalidad. Sólo cuando sea estrictamente necesario se puede autorizar una intromisión en un derecho fundamental de la persona, debiendo acudir a otros medios de investigación siempre que sea posible.

La única especialidad que reviste el régimen de los registros domiciliarios en el ámbito de la lucha antiterrorista es que el juez puede autorizar registros nocturnos (de 21:00 a 06:00 h.) como parte de las investigaciones en las que existan indicios de delito flagrante o en el curso de una instrucción²⁹. El Consejo Constitucional ha confirmado la constitucionalidad de estas medidas excepcionales. Por el contrario, declaró la inconstitucionalidad de la disposición legal que autorizaba los registros nocturnos en el curso de las investigaciones preliminares en base al defecto de jurisdicción o falta de ejercicio de la jurisdicción *stricto sensu* que aqueja al ministerio fiscal. La resolución que autorice la entrada o el registro no puede ser adoptada por quien carece de plena competencia para conocer de causas de índole penal³⁰.

5.7. La ley antiterrorista de 2006 ha ampliado considerablemente las facultades de los servicios de la policía y de la gendarmería especializados en la lucha preventiva contra el terrorismo.

Ampara la instalación de cámaras de vigilancia de vídeo en los edificios públicos y en sus inmediaciones y en lugares y establecimientos abiertos al público que estén especialmente expuestos a riesgos de agresión o robo o sean susceptibles de estar expuestos a actos de terrorismo. En situación de emergencia, los prefectos podrán hacer instalar cámaras en lugares de riesgo durante un plazo de cuatro meses.

Contempla, en segundo lugar, la posibilidad de proceder a controles sistemáticos de la identidad de los pasajeros a bordo de trenes internacionales durante la parte del trayecto comprendida entre la frontera y la primera parada —hasta 20 o 50 kilómetros de trayecto una vez pasada la frontera—. Las compañías ferroviarias, aéreas y marítimas están obligadas a facilitar a la policía y la gendarmería toda la información de que dispongan de sus pasajeros en el caso de

²⁹ Art. 76 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³⁰ DCC 96-377, de 16 de julio de 1996.

desplazamientos internacionales —fuera de la Unión Europea—; información a extraer de las tarjetas de embarque y desembarque, documentos de viaje y sistemas de reservas.

La ley permite, en tercer lugar, tomar de forma automática fotografías a los pasajeros de los vehículos en todos los puntos apropiados del territorio. Estas fotografías, que habrán de borrarse transcurridas ocho horas, podrán contrastarse con el fichero de vehículos robados o denunciados y del sistema de información Schengen. Se admite, asimismo, el tratamiento automatizado de fotografías con ocasión de acontecimientos concretos o de grandes aglomeraciones de personas a fin de preservar el orden público.

Los proveedores de acceso a Internet y de telefonía, por último, están obligados a facilitar a los servicios de lucha contra el terrorismo que lo soliciten los datos técnicos de que dispongan acerca de sus clientes (claves de acceso y de conexión, equipos utilizados, relación de los números de las llamadas tanto emitidas como recibidas, fecha y duración de las comunicaciones). La Comisión Nacional de Control de las Interceptaciones de Seguridad (CNCIS), integrada por representantes de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, se ocupa de fiscalizar el uso legal de las solicitudes.

El Consejo Constitucional no ha controlado *in extenso* la constitucionalidad de este complejo normativo preventivo. El control operado hasta la fecha ha tenido más bien un alcance mínimo. Sea como fuere, lo que sí ha quedado claro es que el legislador no tiene las manos completamente libres para prevenir la amenaza terrorista.

En efecto, se acaba de indicar que los proveedores de acceso a Internet y de telefonía han de suministrar a los servicios policiales los datos que dispongan de sus clientes y que es la Comisión Nacional de Control de las Interceptaciones de Seguridad la que se encarga de verificar que esa facultad de supervisión se ejerce legalmente. Ya en la tramitación parlamentaria de la ley la oposición denunció la posible inconstitucionalidad de esta regla al entenderse que únicamente la autoridad judicial podía autorizar el acceso a esos datos. La enmienda no fue atendida por la mayoría y ello motivó su impugnación.

El Consejo avaló, finalmente, la constitucionalidad de la norma aduciendo que aseguraba un cierto equilibrio entre la prevención del terrorismo, la libertad de empresa de los proveedores y el respeto a la vida privada de los clientes. El Consejo exigió, sin embargo, que la actuación policial se ciñera a la prevención y en ningún caso se extendiera a la represión del delito. Al mezclar prevención y represión³¹, el legislador desconoció las exigencias del principio de separación de

³¹ Art. 6 de la Ley de Lucha contra el Terrorismo, de 23 de enero de 2006.

poderes. La mención legal a la represión del terrorismo hubo de ser, pues, suprimida. La decisión del Consejo no cuestiona globalmente el dispositivo de medidas preventivas mencionado; sencillamente recuerda que debe distinguirse el plano administrativo del judicial. La prevención del terrorismo atañe a la autoridad administrativa; la represión compete a la autoridad judicial³².

Title

ANTI-TERRORISM LEGISLATION AFTER SEPTEMBER 11:
THE FRENCH CASE.

Resumen

La legislación antiterrorista comparada, después de los atentados del 11 de septiembre de 2001, viene incidiendo de forma claramente restrictiva en el ejercicio de determinados derechos fundamentales. Las respuestas de los diferentes países oscilan desde la opción militar o cuasi militar hasta la radicalización de una legislación ya de por sí excepcional, pasando por un afianzamiento de esa legislación en aspectos muy concretos. El presente trabajo analiza la más reciente legislación antiterrorista aprobada en Francia y el control de constitucionalidad de esa legislación efectuado por el Consejo Constitucional.

Abstract

Since September 11, it is clearly noticeable the restrictive impact of anti-terrorism legislation on civil liberties. It could be distinguished between three models with regard to counter-terrorism legislation: the military or quasi-military option, a drastic change in the exceptional anti-terrorism legislation and, finally, a reinforcement of this legislation in specific aspects. This article analyzes the recently French anti-terrorism legislation and the case law of Constitutional Council about this legislation.

Palabras clave

Terrorismo, Francia, Consejo Constitucional.

Keywords

Terrorism, France, Constitutional Council.

³² DCC 2005-532, de 19 de enero de 2006.